

# El papel del juez en el Estado constitucional

Por M.<sup>a</sup> DEL CARMEN BARRANCO AVILES

Universidad Carlos III de Madrid

*SUMARIO:* 1. LA APLICACIÓN DE LAS NORMAS CONSTITUCIONALES.  
2. LA FUNCIÓN DE LA CONSTITUCIÓN.-3. VOLUNTAD, RAZÓN Y  
DERECHO.

## 1. LA APLICACIÓN DE LA CONSTITUCIÓN

La Constitución española de 1978 forma parte de la cultura jurídica que podemos identificar como continental europea occidental y, por tanto, reúne unas características similares a las de otras constituciones que se citan como representativas del constitucionalismo -continental europeo occidental- posterior a la Segunda Guerra Mundial.

La más significativa de estas características es, precisamente, que se trata de textos constitucionales que proclaman una serie de valores y que declaran una lista de derechos y, esto es lo realmente determinante, reclaman el carácter vinculante de todos ellos. Pensemos, por ejemplo, en el artículo 9.1 de la Constitución española, conforme al cual «los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico».

Ciertamente, no siempre ha estado claro a partir de la lectura del texto constitucional que los derechos y los deberes constituyan normas dotadas de una eficacia jurídica equivalente a la de las restantes normas del ordenamiento. Muy al contrario, históricamente, la parte «dogmática» de la Constitución, que ahora se denomina «material» se concebía como una mera declaración de intenciones o, a lo sumo, como un parámetro de la legitimidad del poder. En ningún caso, por tanto, los contenidos materiales de la Constitución tenían operatividad jurídica en tanto en cuanto no fuesen trasladados a la ley.

Sin embargo, lo veremos con mayor detenimiento en relación con los derechos; en la práctica, el constitucionalismo en la Europa occidental ha caminado hacia un esquema en el que el Tribunal Constitucional tiene competencia para decidir si el legislador ha infringido, por razones de contenido o por razones de competencia, la Constitución. La fórmula política en la que la Constitución en su totalidad se sitúa por encima de la Ley como fuente del Derecho, ha dado en llamarse Estado Constitucional.

El fenómeno se interpreta de diversas formas, que dan lugar a otras tantas teorías. De tal modo, podemos situar por un lado a quienes lo explican desde un concepto no positivista de Derecho y hablan del Estado constitucional como algo diferente, desde el punto de vista político, del Estado de Derecho. Por otro lado, en el contexto del Estado constitucional algunos autores mantienen un concepto positivista del Derecho. De entre estos últimos, en el ámbito político, algunos consideran que el Estado Constitucional es prolongación del Estado de Derecho; sin embargo, también los hay que entienden que estamos ante una fórmula diferente. Los primeros mantienen la prioridad de la democracia como criterio de legitimidad del poder y, por tanto, defienden la necesidad de encontrar fórmulas para que la última palabra a propósito de la realización de los contenidos materiales de la Constitución la tenga el Parlamento. Los segundos, por el contrario, entienden que la prioridad la tienen los derechos y que el Estado constitucional supone atribuir al órgano de control de constitucionalidad la decisión última sobre su sentido.

De cualquier modo, podemos decir que, en el marco actual, la cultura jurídica puede considerarse tomada por el «paradigma constitucionalista». Entiendo por tal el conjunto de posiciones que tratan de dar respuesta a los distintos problemas asociados con la «eficacia jurídica de la constitución». Este paradigma está cobrando forma al hilo de la consolidación de un concepto normativo de constitución, esto es, con el triunfo de la idea de la Constitución como norma -que se contrapone con la visión dominante durante el siglo xix y buena parte del xx de la Constitución como un documento de mero valor simbólico-.

Así definido, el modelo abarca también los planteamientos positivistas que afrontan la cuestión que he presentado como básica, y no únicamente aquellas construcciones que recuperan la vinculación conceptual entre Derecho y Moral en este contexto.

Además, conviene advertir de que la representación de la Constitución como norma jurídica no excluye otro tipo de perspectivas. Por el contrario, es perfectamente compatible con una aproximación desde la que se contemple la Constitución como el resultado de una determinada composición del poder<sup>1</sup> o de determinadas opciones éticas. El paradigma constitucionalista, sin embargo, es eminentemente jurídico,

<sup>1</sup> Tradicional es citar a propósito LASSALLB,F., *¿Qué es una Constitución ?*, trad. W. Roces, Barcelona, Ariel, 2001.

por lo que es la dimensión jurídica de la Constitución la que me sirve como punto de partida para aproximarme a las distintas corrientes que se adscriben a este modelo.

Por otro lado, desde el constitucionalismo se trata de dar respuesta a problemas muy diversos. En el marco en el que se sitúa este trabajo, que es el de la Filosofía del Derecho, se refiere a cuestiones relacionadas con la Ontología, con la Axiología y con la Epistemología jurídica<sup>2</sup>. Pues bien, de todas estas cuestiones me interesa, sobre todas, la relativa al problema de la aplicación de las disposiciones constitucionales por el Tribunal Constitucional y por los jueces y tribunales sometidos al Imperio de la Ley.

Al respecto, considero que el modo en el que se concibe esta tarea por los distintos autores, depende de una serie de opciones previas que afectan de modo muy fundamental a dos cuestiones: la función atribuida a la Constitución y el papel atribuido a la voluntad y a la razón la concepción más general del Derecho.

## 2. LA FUNCIÓN DE LA CONSTITUCIÓN

En relación con el primer orden de cuestiones señaladas, es decir, a propósito del papel atribuido a la Constitución en relación con la organización jurídica de la convivencia, es posible, identificar dos modelos. Así, desde algunas posiciones, el problema de la «aplicación» de la Constitución se aborda desde la idea de que es un instrumento que sirve, fundamentalmente, para limitar el poder. Desde otras, por el contrario, el punto de partida lo constituye una visión de la Constitución como instrumento modelador de las relaciones sociales. Podemos denominar a las primeras modelo de la constitución máquina y modelo de la constitución norma a la segunda<sup>3</sup>.

El primero de estos modelos atribuye a la Constitución el papel de asegurar el equilibrio de poderes. Se trata, a través de la juridificación de una serie de contenidos, de establecer límites a la actuación del poder público, que es el directamente vinculado por el documento constitucional. En el segundo, la Constitución aparece como una norma que vincula tanto a ciudadanos, cuanto a los poderes públicos.

De este modo, si la Constitución es máquina, el órgano de control aparece como un contrapoder político. En este primer caso, se justifica,

<sup>2</sup> Sigo aquí la tripartición de DÍAZ, E., *Sociología y Filosofía del Derecho*, 2.<sup>a</sup> edición, Madrid, Taurus, 1993, pp. 106-120.

<sup>3</sup> Utilizo aquí de forma cruzada las tipologías de M. Troper y de R. Guastini. TROPER, M., «La máquina y la norma, dos modelos de Constitución», *Doxa*, número 22, pp. 331-347. GUASTINI, R., «Specificità deU'interpretazione costituzionale?», *Analisi e diritto*, Giappichelli, 1996, pp. 169-186 y pp. 170-171. En *Estudios sobre la interpretación jurídica*, 3.<sup>a</sup> edición, trad. M. Gascón y M. Carbonell, México, Porrúa-UNAM, 2001.

además, que sea el Tribunal Constitucional -o el órgano equivalente-quien aplique la Constitución excluyendo al resto. La función de la Constitución es distinta de la de la ley y por ello también deben diferenciarse los órganos competentes para garantizar la eficacia de uno y otro documento.

En el segundo caso, es decir, si la Constitución es, ante todo, norma, todos los tribunales pueden verse en la obligación de hacer respetar la Constitución como norma jurídica y, por tanto, de interpretar su contenido. Además, el control de constitucionalidad de la actuación del legislador no diferiría en sustancia del control de legalidad de la actuación del ejecutivo, ni las cuestiones sobre violación de derechos fundamentales de las cuestiones sobre violación de otro tipo de derechos.

Si adoptamos estos modelos como punto de partida, la fórmula acogida en la Constitución en España ha arrojado un resultado ecléctico. Efectivamente, en relación con el control de constitucionalidad, el Tribunal Constitucional podría haber actuado más como un contrapoder -sólo el Tribunal Constitucional tiene competencia para declarar la inconstitucionalidad de una norma con fuerza de ley-. Sin embargo, cuando se trata de obtener un pronunciamiento a propósito de la vulneración de derechos fundamentales a través del recurso de amparo, la función del Tribunal Constitucional es claramente equiparable a la que desempeña cualquier otro órgano encargado de determinar si se ha producido una infracción del Derecho -recordemos que también los tribunales ordinarios tienen competencia para decidir en caso de vulneración de derechos-.

De hecho, además, la versión que parece predominar en la forma de argumentar que lleva a cabo el Tribunal Constitucional en torno al control de constitucionalidad, ha sido la de la Constitución norma. En este caso, la nulidad de la ley es representada como consecuencia de un incumplimiento por parte del legislador de sus obligaciones normativamente impuestas. Por otra parte, la eficacia directa de la Constitución y el desarrollo en la jurisprudencia constitucional de la tesis del «efecto irradiación de los derechos» suponen argumentos adicionales que aproximan el modelo constitucional español al de la Constitución norma.

Los derechos se convierten en los criterios materiales últimos de validez de las restantes normas del sistema, con lo que todo comportamiento de creación y aplicación de Derecho supone de algún modo aplicación de los derechos fundamentales; de tal modo que la validez de las normas inferiores queda condicionada por su coherencia con el sentido del que se dote a las disposiciones constitucionales que contienen derechos fundamentales.

En el ámbito de la dogmática constitucional se maneja, además, un principio, el principio de interpretación conforme, que el Tribunal Constitucional deriva de la superioridad normativa de la Constitución; la Sentencia 9/1981, de 31 de marzo, por citar alguna de las

decisiones más antiguas en las que el principio aparece, contiene el siguiente fundamento jurídico tercero: «la Constitución es una norma -como se ha señalado-, pero una norma cualitativamente distinta de las demás, por cuanto incorpora el sistema de valores esenciales que ha de constituir el orden de convivencia política y de informar todo el Ordenamiento Jurídico. La Constitución es así la norma fundamental y fundamentadora de todo el orden jurídico. Esta naturaleza singular se traduce en una incidencia muy intensa sobre las normas anteriores, que han de ser valoradas desde la Constitución, produciéndose una pluralidad de efectos que este Tribunal puso ya de manifiesto ... partiendo del doble carácter de Ley posterior y Ley superior que posee la Constitución. El carácter de Ley posterior da lugar a la derogación de las Leyes y disposiciones anteriores opuestas a la misma, de acuerdo con su disposición derogatoria número tres, es decir, a la pérdida de vigencia de tales normas para regular situaciones futuras. La naturaleza de Ley superior se refleja en la necesidad de interpretar todo el ordenamiento de conformidad con la Constitución, y en la inconstitucionalidad sobrevenida de aquellas normas anteriores incompatibles con ella».

En la jurisprudencia más reciente se mantiene la presencia del principio de interpretación conforme<sup>4</sup>. Este principio ha sido también convalidado por el artículo 5.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, según el cual la interpretación conforme lo es por referencia al sentido en el que las normas constitucionales son, a su vez, interpretadas por el Tribunal Constitucional<sup>5</sup>.

La caracterización tiene consecuencias en relación con la justificación de la actuación del órgano que ejerce las funciones de control. En el marco del modelo en el que predomina la versión de la Constitución entendida como máquina, el control de constitucionalidad tiene como objetivo restablecer el equilibrio de poderes, en cuyo esquema se inserta el órgano encargado de llevarlo a cabo que es, por tanto, otro poder del Estado que debe ser legitimado como tal en cuanto al origen y en cuanto al ejercicio. En el contexto en el que la Constitución se plantea preferentemente como norma, y éste es el caso español, el objetivo del control de constitucionalidad es el restablecimiento de la legalidad mediante la aplicación de la Constitución.

<sup>4</sup> Puede verse al respecto la Sentencia del Tribunal Constitucional 101/2002, de 6 de mayo, fundamento jurídico segundo.

<sup>5</sup> Conviene recordar el contenido de este precepto, conforme al cual «la Constitución es la norma suprema del ordenamiento jurídico, y vincula a todos los Jueces y Tribunales, quienes interpretarán y aplicarán las leyes y los reglamentos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos».

### 3. VOLUNTAD, RAZÓN Y DERECHO

Si consideramos ahora el segundo grupo de cuestiones que ocupa y es objeto de discusión en el nuevo paradigma, nos encontramos con los dos modelos que confluyen en la ideología codificadora: el modelo voluntarista o del Derecho puesto y el «modelo sistemático» o del Derecho descubierto<sup>6</sup>. En mi opinión, se trata de opciones últimas a propósito del concepto de Derecho. Esto es, en última instancia, los distintos conceptos de Derecho dan prioridad a la voluntad o a la razón -lo cual no significa que necesariamente se haya reducido a uno de estos elementos-. La tensión entre ambos adquiere una importancia de primer orden cuando se trata de caracterizar la actividad de aplicación de la Constitución.

En la discusión a propósito del constitucionalismo alemán del período de entreguerras, se producen diversos intentos de respuesta a problemas que reaparecen con fuerza tras la Segunda Guerra Mundial. Precisamente, una buena parte de las dificultades a propósito de la reconstrucción del método jurídico obedece a que en la jurisprudencia están presentes criterios que resultaban coherentes en el contexto de las diversas teorías de aquel período histórico y que no se ha logrado armonizar. Las constituciones europeas posteriores a la Segunda Guerra Mundial, hacen extensivo, sin titubeos, el control de constitucionalidad a las normas que contienen disposiciones materiales (por excelencia, derechos fundamentales), al tiempo que los tribunales son habilitados para declarar la nulidad de los actos vulneradores de estas normas.

En este contexto, la discusión que tiene lugar entre H. Kelsen y C. Schmitt, por un lado, y H. Kelsen y R. Smend<sup>7</sup>, por otro, resulta

<sup>6</sup> Ver, al respecto, TARELLO, G., «Ideologías del siglo XVIII sobre la codificación», en *Cultura jurídica y política del Derecho*, trad. I. Rosas, México, Fondo de Cultura Económica, 1995, pp. 39-56, p. 42, sobre la concepción voluntarista; y pp. 45-46 para la caracterización de la concepción sistemática, que impone «interpretar los códigos según las exigencias del "sistema" jurídico y según la condición del derecho, que es sistema de proposiciones, con los dogmas conexos de la coherencia, de la completad, de la no restitución, de la analogía fundada en conceptos más bien que en fines, etcétera. Esta alternativa fue favorecida por la reconstrucción del legislador».

<sup>7</sup> AGAPITO SERRANO, R. DE, «Prólogo» a BÖCKENFORDE, E.W., *Estudios sobre el Estado de Derecho y la Democracia*, trad. R. de Agapito, Madrid, Trotta, 2000, pp. 9-16, p. 10, incluye a Heller en este grupo: «están ahora presentes por ejemplo los criterios que defendieron, sin llegar a integrarlos de un modo coherente en el Derecho constitucional, los juristas públicos de la etapa de entreguerras. Me refiero, por aludir sólo al ámbito del Derecho público alemán, a la reconstrucción de una sistemática global del Derecho desde un enfoque estrictamente jurídico (Kelsen), a la comprensión de la Constitución como el proceso de realización de un objetivo jurídico fundamental (Smend), a la propuesta de una orientación o finalidad material de la norma fundamental (Heller), así como a la interpretación del Derecho constitucional (Schmitt). Y todo este abanico de perspectivas y exigencias encuentra hoy su reflejo en esa fórmula jurídica constitucional que es la decisión fundamental a favor de un Estado constitucional caracterizado, al mismo tiempo y al mismo nivel, como "social", "democrático" y "de derecho"».

especialmente interesante para comprender algunas de las cuestiones en las que difieren hoy los autores que se enfrentan al mismo problema.

En relación con las propuestas de Schmitt y Kelsen, nos encontramos con dos teorías que pueden ser consideradas como exponentes de una concepción voluntarista. El primero de estos autores aparece como representante de la Constitución entendida como límite al pluralismo -piénsese en el sentido de la figura del defensor de la Constitución-. En este caso, como dije, la concepción del Derecho es voluntarista y, además, la voluntad legítima es la del acto originario de aprobación de la Constitución. La Constitución goza de la legitimidad que le da el ser expresión de la voluntad unitaria del pueblo; en lo sucesivo, la regulación de la convivencia debe atenerse a esa voluntad legítima inicial<sup>8</sup>. El elemento que subraya este autor es la unidad, frente a cualquier otro. Según Kelsen, para Schmitt «la "Constitución" no son ni las normas que regulan los órganos ni el procedimiento legislativo, como tampoco el lugar y la competencia de los más altos órganos de ejecución; es decir, no es ni normas ni "leyes". "Constitución" es una situación, la situación de "unidad" del pueblo alemán»<sup>9</sup>.

H. Kelsen, sin embargo, sería el máximo exponente de una concepción voluntarista en la que la democracia no se agota en el acto de creación de la Constitución. Precisamente porque el Derecho es voluntad, las decisiones jurídicas se legitiman en el principio democrático. El órgano que cuenta con legitimidad democrática es el Parlamento, en caso de tener que incorporar contenidos de justicia, es a él a quien corresponde la decisión. Los ideales de «equidad», «libertad», «igualdad», «justicia», «moralidad»... presentes en algunas constituciones son susceptibles de diversas interpretaciones dependientes de las concepciones personales de quien interpreta; si se habilita a los tribunales constitucionales para invalidar leyes sobre la base de este tipo de principios, «el poder del tribunal sería tal que habría que considerarlo simplemente insoportable. La concepción de la justicia de la mayoría de los jueces de ese tribunal podría ser completamente opuesta a la de la mayoría de la población y lo sería evidentemente, a la de la mayoría del Parlamento que hubiera votado la ley»<sup>10</sup>. Y continúa: «va de suyo que la Constitución no ha querido, al emplear un término tan impreciso y equívoco como el de justicia u otro similar, hacer depender la suerte de cualquier ley votada en el Parlamento del simple

<sup>8</sup> SCHMITT, C, *La defensa de la Constitución*, trad. M. Sánchez, Madrid, Tecnos, 1983: «cuando se insiste en que la Constitución de Weimar es una decisión política del pueblo alemán unificado, como titular del poder constituyente, y que, en virtud de esta decisión, el Reich alemán es una democracia constitucional, la cuestión relativa al protector de la Constitución puede resolverse de otra manera que mediante una ficticia judicialidad».

<sup>9</sup> KELSEN, H., *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?*, trad. R. J. Brie, Madrid, Tecnos, 1995, p. 78.

<sup>10</sup> KELSEN, H., «La garantía jurisdiccional de la Constitución (la justicia constitucional)», en *Escritos sobre Democracia y Socialismo*, trad. J. Ruiz Mañero, Madrid, Debate, 1988, pp. 109-155 y p. 143.

capricho de un órgano colegiado compuesto, como el tribunal constitucional, de una manera más o menos arbitraria desde el punto de vista político. Para evitar un desplazamiento semejante -ciertamente no querido por la Constitución y completamente contraindicado políticamente- del poder del Parlamento a una instancia ajena y que puede transformarse en representante de fuerzas políticas muy distintas de las que se expresan en el Parlamento, la Constitución debe, especialmente si crea un tribunal constitucional, abstenerse de todo este tipo de fraseología y, si quiere establecer principios relativos al contenido de las leyes, formularlos del modo más preciso posible». Al contrario del planteamiento de Schmitt, a la argumentación de Kelsen subyace una opción por el pluralismo como elemento a proteger.

Efectivamente, M Fioravanti considera estos dos modelos representados por Schmitt y Kelsen como las grandes alternativas en nuestro ámbito cultural<sup>1</sup>. En este sentido, puede resultar interesante reproducir su argumentación, conforme a la cual «las de Schmitt y Kelsen no eran sólo dos interpretaciones distintas y opuestas de la Constitución de Weimar. A partir de ese caso histórico concreto esas dos interpretaciones se propusieron también, y quizás sobre todo, como dos verdaderas y auténticas concepciones alternativas de las *constituciones democráticas del siglo xx*». El aspecto en el que de modo predominante se fija el autor italiano es la posición de cada uno de los autores a propósito del pluralismo. En este sentido, continúa, «para la primera, la de Carl Schmitt, es imprescindible la referencia al poder constituyente: la constitución es democrática porque ha sido querida por el pueblo soberano, que en ella aparece como unidad política capaz de decidir sobre su propio futuro. Desde ese momento en adelante, la vida de la constitución democrática se desarrolla en aras de su *actuación*, en aras de la necesaria solidaridad entre los poderes constituidos y entre las fuerzas sociales y políticas en el proceso de realización de sus contenidos normativos. Por ese motivo, el principal adversario de la constitución democrática es el gran proceso histórico, evidente a lo largo del siglo XX, de la articulación de la sociedad civil y política en sentido pluralista, que en esta línea se ve como algo que continuamente corroe y pone en discusión la unidad del pueblo soberano representada en la constitución».

Por el contrario, «en la línea de Kelsen la constitución es democrática porque rechaza toda "unidad" preconstituida y porque permite desplegar completamente el mismo pluralismo, con los partidos en el parlamento y con el ejercicio de la justicia constitucional -vista como mecanismo de garantía dirigido contra todo intento de romper el equilibrio entre las fuerzas políticas y sociales, de reducir la ley a la pura voluntad de la mayoría-. Por eso, la constitución democrática de Kelsen rechaza el poder constituyente del pueblo soberano. En la misma

<sup>1</sup> FIORAVANTI, M., *Constitución. De la Antigüedad a nuestros días*, trad. M. Martínez Neira, Madrid, Trotta, 2001, p. 159. Ver, en sentido similar, MORRO-NE, A., // *custode della ragionevolezza*, Milano, Giuffrè, 2001, pp. 491-503



idea de una constitución hecha por un "poder" está contenido el peligro de que esa constitución pueda tener un "dueño", alguien que en nombre de ese "poder", es decir, del mismo pueblo soberano, pueda pretender ocupar todo el espacio de la constitución y así imponerse, esencialmente como mayoría política, a todas las fuerzas operantes en la sociedad y en las instituciones»<sup>12</sup>. De ahí el empeño de este autor por extraer de las Constituciones las determinaciones materiales susceptibles de interpretaciones diversas desde distintas concepciones de justicia. De ahí, también, su concepción de la legitimidad democrática del sistema como la necesidad de hacer referencia a la voluntad actual de la mayoría.

Los distintos puntos de partida también conducirán a cada uno de estos autores a conclusiones distintas sobre la instancia adecuada para defender la Constitución. En el caso de Schmitt, el Presidente del Reich es el sujeto competente para proteger la Constitución dado que la defensa de la Constitución es, puntualmente, defensa de la unidad<sup>13</sup>.

La figura del Parlamento como defensor es rechazada porque es precisamente del Parlamento de quien hay que guardar la Constitución. Más aún si se tiene en cuenta que se trata de la instancia política que «se ha convertido en el escenario de un sistema pluralista», con lo que «en lugar de ser la escena de una actividad libre y unificadora llevada a cabo por representantes nacionales libres, en lugar de ser el transformador de los intereses de partido en una voluntad que esté por encima de todos ellos, se convierte en teatro de la distribución pluralista de las potencias sociales organizadas. La consecuencia es que, o resulta incapaz de lograr mayorías y de actuar, por razón de su pluralismo inmanente, o que la mayoría que se constituye en un momento determinado utiliza todas las posibilidades legales como instrumentos y medios de asegurar su poder, y aprovecha en todos los aspectos la época de su dominio político, ante todo para limitar las posibilidades que pudieran ofrecerse de hacer otro tanto al adversario más robusto y peligroso»<sup>14</sup>.

Tampoco sirve un órgano judicial para realizar esta tarea. Es posible ordenar el planteamiento sobre la base de dos ideas, a saber: que en un Estado de Derecho corresponde al poder judicial la administración de justicia y que la interpretación de la Constitución es un problema político. Es desde estas premisas desde las que es posible entender las reflexiones sobre el garante más adecuado de la Constitución.

<sup>12</sup> FIORAVANTI, M., *op. cit.*, p. 160. En opinión de MORRONE, A., *Op. cit.*, p. 504, «en Kelsen la unidad encuentra su fundamento en la superioridad de la Constitución como norma sobre el procedimiento de normas generales», se trata de una unidad relativa, o formal. La unidad material se renueva constantemente a través del compromiso parlamentario.

<sup>13</sup> Entendida, como «unidad absoluta», en el sentido de «unidad política del pueblo alemán como totalidad», MORRONE, A., *op. cit.*, p. 505.

<sup>14</sup> SCHMITT, C., *op. cit.*, pp. 128-154, pp. 151 y 152.

En la construcción de su rechazo del poder judicial, a este respecto, se basa en el establecimiento de una tajante diferencia entre política y justicia<sup>15</sup> que debe ser trasladada a la división de Poderes. En su esquema, si el Estado es de Derecho, al poder judicial le corresponde, exclusivamente, la labor de hacer Justicia, «no existe Estado cívico de Derecho sin independencia del poder judicial, ni Justicia independiente sin sujeción concreta a una ley, ni sujeción concreta a la ley sin una diferenciación real entre la ley y sentencia judicial»<sup>16</sup>.

Por otra parte, a la exposición de Schmitt en relación con la interpretación de la Constitución, subyace la idea de que se trata de una cuestión que debe ser diferenciada de la de la interpretación de la ley. Las cuestiones constitucionales no suelen plantearse a propósito de contradicciones manifiestas entre Constitución y ley, sino sobre aspectos en relación con los cuáles la existencia o no de contradicción depende del sentido en el que se entiendan los preceptos legales y constitucionales. De este modo, afirma C. Schmitt, «en general, el interés que suscita el fallo en el caso de una colisión de leyes no afecta a los casos de una manifiesta contradicción, casos que en tiempos normales no suelen ser muy frecuentes, ni se refiere tampoco a la corrección de infracciones ya pretéritas, sino que atañe a una cuestión de otra naturaleza: la de quién resuelve las dudas y diferencias de opinión acerca de estos problemas referentes a la existencia de una contradicción y a la amplitud de la misma»<sup>17</sup>. Precisamente por ello, las cuestiones constitucionales deben presentarse como discusiones a propósito del sentido en el que hay que entender los preceptos de la Constitución; con lo que únicamente pueden resolverse a través de una decisión política, y ello desde cualquiera de las comprensiones de la Constitución al uso.

Desde una concepción de la Constitución como contrato entre sujetos portadores de intereses, coherente a su vez con una concepción pluralista del Estado, el litigio constitucional sería una situación de desacuerdo a propósito del sentido de los pactos llevados a cabo entre las distintas partes. Tanto desde esta concepción, cuanto desde aquella en que la Constitución se representa como unidad, un órgano de carácter judicial no resulta adecuado para resolver, dado que la interpretación de la Constitución se convierte en una tarea política desde el momento en que escapa de las pautas del método jurídico.

En este momento es donde entra en juego la primera de las ideas apuntadas. Efectivamente, la argumentación de Schmitt es la siguiente:

<sup>15</sup> Kelsen, H., *op. cit.*, p. 18, «dichos argumentos parten del presupuesto erróneo de que existe una contradicción esencial entre la función jurisdiccional las funciones "políticas", y que en especial la decisión acerca de la constitucionalidad de las leyes y la anulación de las leyes inconstitucionales son actos "políticos", de lo que se sigue que tal actividad no sería ya más Justicia».

<sup>16</sup> Schmitt, C., *op. cit.*, p. 77.

<sup>17</sup> Schmitt, C., *op. cit.*, p. 87.

puesto que constituye una característica definitoria de la función judicial, junto con su independencia, su sometimiento a la ley y a la constitución<sup>18</sup>, otorgar a un órgano de este tipo competencia para decidir en relación con la interpretación de preceptos constitucionales, supone eliminar la vinculación y con ello uno de los elementos constitutivos del Estado de Derecho.

Por otra parte, si el Tribunal de Justicia Constitucional se mantiene fiel a esta exigencia de vinculación y «sólo se pronuncia contra transgresiones manifiestas, indudables y seguras de la Constitución, resulta precisamente lo contrario de una instancia llamada a resolver dudas e incertidumbres»<sup>19</sup>.

H. Kelsen, por el contrario, se fija en las relaciones entre Constitución y ley como un problema de regularidad de la legislación. La defensa de la Constitución, en este sentido jurídico, supone el establecimiento de «garantías de regularidad de las reglas inmediatamente subordinadas a la Constitución, es decir, esencialmente, garantías de la constitucionalidad de las leyes»<sup>20</sup>. La relación entre la legislación y la Constitución no es diferente, desde el punto de vista de la teoría pura, de la que se establece entre legislación y administración, salvo por la mayor libertad del legislador, «la libertad del legislador, que no está subordinado más que a la Constitución, no está sometida más que a limitaciones relativamente débiles; su poder de creación es relativamente grande. Cada vez que se desciende un grado, la relación entre libertad y limitación se modifica a favor del segundo término: la componente de aplicación aumenta; la de libre creación disminuye»<sup>21</sup>. Por esta razón, el control de constitucionalidad tampoco difiere del control de legalidad y el órgano adecuado para llevarlo a cabo debe tener una estructura jurisdiccional que asegure su independencia frente al Parlamento y frente al ejecutivo.

En el caso de R. Smend, el punto de partida puede ser situado en su «rechazo de la pretensión normológica de articular la Constitución como parte integrante -e incluso- como requisito imprescindible para la validez de cualquier ordenamiento jurídico»<sup>22</sup>. El concepto de Constitución debe tener en cuenta su función específica que es la de integración<sup>23</sup>.

<sup>18</sup> SCHMITT, C., *op. cit.*, p. 242.

<sup>19</sup> SCHMITT, C., *op. cit.*, p. 100.

<sup>20</sup> Kelsen, H., «La garantía jurisdiccional de la Constitución (la justicia constitucional)», en *op. cit.*, p. 112.

<sup>21</sup> Kelsen, H., «La garantía jurisdiccional de la Constitución (la justicia constitucional)», en *op. cit.*, p. 111.

<sup>22</sup> SMEND, R., *Constitución y Derecho constitucional*, trad. J. M. Beneyto, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1985, p. 135.

<sup>23</sup> SMEND, R., *op. cit.*, p. 132: «la Constitución es la ordenación jurídica del Estado, mejor dicho, de la dinámica vital en la que se desarrolla la vida del Estado, es decir, de su proceso de integración. La finalidad de este proceso es la perpetua reimplantación de la realidad total del Estado; y la Constitución es la plasmación legal o normativa de aspectos determinados en ese proceso».

Desde este punto de vista, la cuestión de la aplicación de la Constitución como realidad también debe diferenciarse de la referida a la aplicación de las restantes normas. Así pues, «el Derecho político es un Derecho fundamentalmente integrador y el Derecho administrativo es un Derecho esencialmente técnico»<sup>24</sup>, de tal modo que mientras el método técnico-jurídico puede ser adecuado para resolver problemas de Derecho administrativo, en relación con el Derecho político, la metodología debe basarse en las ciencias del espíritu.

En la teoría de Smend se desarrolla un concepto, el de «cambio constitucional», que cobra todo su sentido desde la idea de la Constitución como proceso político<sup>25</sup>. Desde este planteamiento, se diluyen las diferencias entre interpretación y reforma de la Constitución, «de esta forma, se convierte en punto de partida de la interpretación constitucional -conscientemente entendida como algo en movimiento- el principio funcional del efecto más integrador posible de la Constitución, el cual, interpretado normativamente, puede acabar por hacer necesarias reformas constitucionales. El cambio constitucional a través de la interpretación será el camino indicado si la reforma formal de la Constitución no contribuye a la integración sino que se opone a ella, pero entonces el Derecho constitucional, antes entendido como una fuerza configuradora y acuñadora tanto de la organización como de las instituciones, se transforma en un proceso político que se mueve por sí mismo. Queda a disposición del intérprete y en sus manos. ¿Es esto lo correcto?»<sup>26</sup>.

En la teoría de Smend, los derechos fundamentales constituyen, junto con algunas otras de las restantes disposiciones de la Constitución, los elementos sobre los que se produce la integración material -de nuevo nos encontramos con la referencia a la Constitución como un instrumento que limita al pluralismo-. Frente a «la opinión general» que «ve en los derechos fundamentales, al menos en su contenido clásico, principalmente una formulación especial del principio, de por sí evidente de legalidad, que rige el actuar de la Administración pública»<sup>27</sup>, Smend presenta los derechos fundamentales como parte del Derecho constitucional y, por tanto, como elementos que escapan al «Derecho técnico». Desde el punto de vista del método que propone Smend, «aparte de la significación, mediata o inmediata que puedan tener los derechos fundamentales para el Derecho especial, existe otra más, que es la fuente de aquélla; con independencia de cualquier consideración acerca de su validez jurídica, los derechos fundamentales son los representantes de un sistema de valores concreto, de un sistema cultural que resume el sentido de la vida estatal contenida en la

<sup>24</sup> SMEND, R., *op. cit.*, p. 194.

<sup>25</sup> SMEND, R., *op. cit.*, pp. 201-203.

<sup>26</sup> BÖCKENFORDE, E.W., «Notas sobre el concepto de "cambio constitucional"», *Estudios sobre el Estado Derecho y la democracia*, trad. R. de Agapito, Madrid, Trotta, 2000, pp. 159-196.

» SMEND, R., *op. cit.*, p. 228.

Constitución»<sup>28</sup>, por lo que se impone su consideración como «objeto de estudio puramente histórico».

El esquema desde el que hemos repasado las propuestas de Schmitt, Kelsen y Smend no tiene en cuenta que en las Constituciones posteriores a la Segunda Guerra Mundial se incorporan normas que contienen determinaciones materiales y se habilita a los órganos de control de constitucionalidad, que tienen características jurisdiccionales, para hacerlas valer en última instancia. En relación con los dos primeros autores, tanto uno como otro, se muestran recelosos ante la «juridificación de los valores»<sup>29</sup>, y tanto en uno cuanto en otro esta idea se representa como un peligro para la democracia -no es necesario recordar las dimensiones totalitarias del pensamiento de Schmitt, quien atribuye la última palabra a propósito de la interpretación constitucional al Presidente del Reich-. Sin embargo, se trata de una cuestión que ocupa de forma principal a R. Smend y, paradójicamente, teniendo en cuenta que «no contaba con un Tribunal Constitucional como intérprete decisivo de la Constitución»<sup>30</sup>, es en las aportaciones de este autor -muchas veces a través de la versión que de ellas aparece en la jurisprudencia alemana- donde el Tribunal Constitucional encuentra una referencia para enfrentarse a lo que constituye un problema presente en la actualidad.

En el caso de las Constituciones actuales, el modelo se presenta como «antidemocrático» -si por democracia se entiende la adopción de decisiones por mayoría-. Sin embargo, los límites a las mayorías se justifican en nombre de la existencia de determinados elementos que trascienden la vinculación del Derecho con el poder. La constitucionalización de catálogos de derechos fundamentales se suele utilizar como argumento frente a una concepción en última instancia voluntarista del Derecho. Las dos grandes tendencias que Tarello identifica en relación con la codificación -voluntarista y sistemática- pueden apreciarse, en el contexto del constitucionalismo, en la tensión entre los derechos y la democracia<sup>31</sup>. La prioridad de los derechos es, de este modo, coherente con la ideología sistemática y con una teoría racionalista de la interpretación.

<sup>28</sup> SMEND, R., *op. cit.*, p. 232.

<sup>29</sup> LLAMAS, A., *Los valores jurídicos como ordenamiento material*, Madrid, BOE-Universidad Carlos III, 1993, pp. 144-152.

<sup>30</sup> BOCKENFÖRDE, E.W., «Notas sobre el concepto de "cambio constitucional"», *op. cit.*, pp. 159-196, p. 195.

<sup>31</sup> El modelo que se está consolidando, el de la democracia constitucional, constituye un híbrido en el que se trata de equilibrar la democracia y el constitucionalismo, «este mismo equilibrio, precisamente por haber sido alcanzado en tiempos recentísimos y porque, en suma, carece de una larga tradición a la que referirse, es sin embargo inevitablemente inestable y está sometido a tensiones de distinto género. La primera de ellas, la única que puede ser mencionada aquí como conclusión, afecta a la relación entre los sujetos protagonistas de este equilibrio: los sujetos de la política democrática, el parlamento, los gobiernos y los partidos, por una parte, y los sujetos de la garantía jurisdiccional, los jueces y en particular los Tribunales constitucionales, por otra», FIORAVANTI, M., *op. cit.*, p. 164.

La tensión entre el modelo voluntarista y el modelo sistemático se manifiesta especialmente en las distintas teorías sobre el sentido de las declaraciones de derechos y de los límites a su interpretación. Habida cuenta que en los derechos fundamentales se creen ver restricciones a las mayorías políticas, en su conceptualización se suele optar por un modelo sistemático. Básicamente, se dice, la constitucionalización de los derechos supone la racionalización de la política. Este objetivo se consigue sometiendo las decisiones de las mayorías a los contenidos de racionalidad incorporados al Derecho como derechos fundamentales. Si se adopta esta perspectiva, la interpretación de los derechos se justifica como investigación de esa racionalidad.

Desde el punto de vista histórico, podemos pensar que existen dos formas alternativas de entender las declaraciones de derechos, una que se dice «antidemocrática» y otra que, por contraposición, podemos llamar «democrática»<sup>32</sup>. La primera de estas versiones del constitucionalismo apunta a la idea de que el sentido de la Constitución es precisamente el establecimiento de límites a la democracia. Desde esta perspectiva, los derechos fundamentales y el principio de soberanía popular están en conflicto. Ésta puede ser, en el contexto de determinadas interpretaciones, la fórmula en la que se basa el constitucionalismo norteamericano.

En la concepción «democrática», la llamada a la soberanía popular constituye el criterio último de legitimidad del poder. Si los derechos se incorporan al Derecho es porque han sido decididos democráticamente. También desde determinadas interpretaciones ésta es la versión que se considera presente en el modelo francés.

La primera visión resulta coherente con lo que en anteriores páginas he denominado modelo sistemático, mientras en la segunda, la concepción del Derecho es voluntarista. Con independencia de que sea más o menos acertada esta caracterización del constitucionalismo americano y del constitucionalismo francés, me sirve para ilustrar estos modelos que, en todo caso, están presentes en las discusiones actuales sobre la interpretación de los derechos fundamentales. Y es que hoy en día, en las propuestas teóricas de uno y otro lado del Atlántico se reproducen argumentos que sólo pueden entenderse desde su conexión con alguna de las teorías (voluntarista o sistemática) en las los modelos trazados se fundamentan.

Identificar estos dos modelos de constitucionalismo resulta interesante, pues, en relación con dos tipos de cuestiones, por otra parte ampliamente relacionadas. La primera de ellas hace referencia a los argumentos adecuados para interpretar las declaraciones de derechos y la segunda se refiere a la caracterización de la actividad del órgano de control de constitucionalidad.

En relación con la interpretación de los derechos, como en relación con la interpretación de la Constitución y de la interpretación en

general, la discusión sobre los criterios enfrenta a quienes consideran que debe prevalecer el argumento sistemático -partidarios de una teoría racionalista de la interpretación- y quienes afirman que mediante la interpretación ha de contribuirse a la efectiva realización de la voluntad del autor -partidarios, a su vez, de una teoría voluntarista-. M. Troper plantea en términos similares esta cuestión; en este sentido, afirma: «recientemente ha surgido en Francia una polémica que no carece de puntos comunes con aquella otra que enfrenta en Estados Unidos a interpretativistas y no interpretativistas. Se refiere a la cuestión de cómo deben considerar los jueces de hoy la Declaración de derechos, un problema muy relevante en lo que respecta a los métodos interpretativos que se deben aplicar a ese texto. Los jueces pueden, sin profesar por ello una creencia en los derechos naturales, considerar que los hombres de 1789 pensaban que estaban haciendo una mera declaración. También pueden, en sentido inverso, considerar el texto como un acto de voluntad a través del cual se establecieron nuevas reglas creadoras de derechos. En el primer caso, el significado que los jueces atribuyen al texto no es la intención original de sus autores, y perfectamente pueden dar a los derechos fundamentales tal o cual contenido conforme a las necesidades de la sociedad contemporánea. En el segundo caso, al contrario, puesto que la "Declaración" no es más que la expresión de la voluntad de sus autores, la obligación de aplicar este texto significa la obligación de ejecutar esa voluntad, y lo más importante es hallar esa voluntad a través de la interpretación literal y recurriendo a los trabajos preparatorios»<sup>33</sup>. En el primer caso, pues, la adecuación del resultado de la interpretación la determina su racionalidad, en el segundo caso, sin embargo, su coherencia con lo querido por el poder constituyente.

A propósito de la caracterización de la actividad de control de constitucionalidad, la concepción coherente con el modelo sistemático presentaría la interpretación de la Constitución como una actividad cognoscitiva<sup>34</sup>. La supremacía de la decisión del Tribunal Constitucional se justifica porque está aplicando los derechos contenidos en la Constitución<sup>35</sup>, aunque éstos no se infieran de una lectura inmediata del texto. Los lugares en los que encontrar esta interpretación correcta

<sup>33</sup> TROPER, M., «Jefferson y la interpretación de la Declaración de los Derechos del Hombre de 1789», *Derechos y Libertades*, núm. 8, pp. 541 y ss, y p. 547.

<sup>34</sup> En este sentido se orientan los argumentos no originalistas cuando «reconocen que al interpretar la Constitución, los jueces deben hacer algo más que "adentrarse" en ella. En muchas ocasiones, se admite, los jueces deben "escapar de las cuatro esquinas de la Constitución", y salir a buscar, en alguna parte, las respuestas que en ella no se encuentran. Una vez que se reconoce cuál es la "fuente" externa capaz de proveernos de las respuestas que necesitamos, la tarea de los jueces vuelve a convertirse en una tarea (más o menos) indisputable», GARGAREIXA, R., *La justicia frente al gobierno. Sobre el carácter contramayoritario del poder judicial*, Barcelona, Ariel, 1996, pp. 60 y 61.

<sup>35</sup> El sentido de este modelo, se encuentra resumido en las palabras de PASQUINO, P.: «La política limitata. I principi liberal-democratici dello Stato di diritto e il controllo

de los derechos son de distinto tipo, en función de la concepción del Derecho del teórico o del intérprete: el Derecho natural, una constitución material, la moralidad en la que los derechos se insertan...<sup>30</sup>.

La concepción voluntarista, tal y como la describe Troper, es también compatible con una presentación de la interpretación de los derechos como investigación<sup>37</sup>. Para aceptar esta propuesta, sería necesario salvar las fuertes críticas dirigidas frente a la posibilidad de hallar la voluntad del constituyente -e incluso frente a su existencia-.

Todavía es posible, sin embargo, optar por una concepción voluntarista que nos lleve a sostener que cuando se habilita a los tribunales constitucionales para controlar al legislador, y en los aspectos en los que esta habilitación tenga lugar, lo que se está haciendo es otorgar supremacía a su voluntad sobre la voluntad del Parlamento.

En definitiva, y a modo de resumen, se puede decir que si la concepción es voluntarista, la justificación de las decisiones jurídicas depende de la legitimidad del órgano que decide. Normalmente, en estas circunstancias y en nuestro entorno, se mantiene la necesidad de limitar la capacidad decisoria del juez a favor de la del sujeto que tiene legitimidad democrática -será el legislador o el constituyente originario, en las distintas versiones-.

Si, por el contrario, la concepción es racionalista, la decisión se justifica precisamente por su racionalidad y no por la autoridad de quien la efectúa. De esta forma, el argumento de la democracia pierde sentido en relación con la interpretación. La voluntad democrática del órgano que crea la norma puede dejarse de lado si es posible

de costituzionalità», *Analisi e diritto*, P. Comanducci y R. Guastini (ed.), Giappiche-lli, 1996, pp. 187-206, p. 206, «sería más exacto decir que en el constitucionalismo de los sistemas parlamentarios existen dos tipos de poder que se equilibran: el legislativo y el ejecutivo, por un lado, expresión de la mayoría política e investido de una legitimación democrática, y el judicial y la corte constitucional, de otro, que tienen la función de proteger a los ciudadanos y sus derechos de posibles abusos de poder de los órganos democrático-electivos».

<sup>36</sup> R. Gargarella, en el contexto norteamericano, señala los siguientes: las tradiciones, el Derecho natural, principios neutrales, el consenso, principios filosóficos, GARGARELLA, R., *op. cit.*, pp. 64-79. Sobre la repercusión de algunos de estos argumentos en la jurisprudencia constitucional y su inserción en diferentes teorías, DORADO, J., *El debate sobre el control de constitucionalidad en los Estados Unidos. Una polémica sobre la interpretación constitucional*, Madrid, Dykinson, 1997.

<sup>37</sup> En los Estados Unidos, esta concepción de la Constitución da lugar al originalismo como posición sobre su interpretación," GARGARELLA, R., *op. cit.*, p. 60, «los argumentos originalistas parten del reconocimiento de que los jueces, en su tarea de "lectura" de la Constitución, se ven permanentemente forzados a interpretarla. Sin embargo, entienden que dicha tarea no presenta mayores complejidades: sólo se requiere estar capacitado para realizar las investigaciones que sean pertinentes en cada caso, y para "desentrañar" el sentido que originariamente se le otorgó a la Constitución. El argumento central del originalismo, posiblemente, consiste en afirmar que "no es necesario ir más allá de la Constitución" para entenderla, sino que lo que se requiere es "adentrarse en ella", hasta encontrar los significados que hoy no nos resultan tan claros».



presentar como irracional el resultado de la interpretación conforme a tal criterio.

Entiendo que la circunstancia que se produce en relación con el Estado constitucional es que el propio Derecho articula un sistema de control en el que la decisión última la tiene un órgano que se organiza y funciona como un tribunal. En este contexto, pues, resulta imprescindible construir el esquema desde el cual se pueda dotar de legitimidad de las decisiones del órgano de control de constitucionalidad frente a las de aquel que tradicionalmente se considera portador de la legitimidad democrática.